

University of Groningen

Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief

Cherednychenko, O.O.

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Cherednychenko, O. O. (2014). Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 13(7-8), 181-187.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief

*Prof. dr. O.O. Cherednychenko**

1 Inleiding

Het is geen nieuws dat private verhoudingen in de financiële sector in toenemende mate door het bestuursrecht worden beheerst. Veel gedragsnormen voor financiële ondernemingen die van oudsher tot het civiele recht behoorden, zijn tegenwoordig ook vervat in regels met een bestuursrechtelijk karakter. Ze zijn te vinden in de financiële toezichtwetgeving, namelijk de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), dat een uitwerking is van de Wft, de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (NRgfo), dat weer een uitwerking is van de BGfo, en de richtlijnen van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Een belangrijke rechtsontwikkeling die in dit verband in de financiële sector kan worden gesignaleerd, is de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht'.¹ De kern van dit opkomende rechtsgebied wordt gevormd door bestuursrechtelijke gedragsregels inzake zorgvuldige financiële dienstverlening aan (potentiële) cliënten die aan financiële ondernemingen worden opgelegd als bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden behorend tot het financiële toezichtrecht. Juridisch-technisch gezien hebben dergelijke gedragsregels betrekking op de relatie tussen de onderneming en de toezichthoudende overheid en maken dus geen deel uit van het privaatrecht, in het bijzonder het contractenrecht. Tegelijkertijd normeren ze het gedrag van de financiële onderneming in de relatie met de (potentiële) cliënt en zijn ze bedoeld om niet alleen de goede werking van de financiële markten te bewerkstelligen, maar ook om de cliënt te beschermen.²

Zo bevat de Wft een afdeling 4.2.3 getiteld 'Zorgvuldige dienstverlening', die nader geconcretiseerd is in het BGfo. Hier vindt men grotendeels de bestuursrechtelijke pendanten van tal van civielrechtelijke informatie-, waarschuwings- en onderzoeksplichten voor financiële ondernemingen bij het verlenen van financiële diensten. Algemeen wordt aangenomen

men dat dergelijke financieel bestuursrechtelijke regels die mede strekken tot bescherming van de cliënt, op vele manieren kunnen doorwerken in het civiele recht.³ Hierbij kan worden gedacht aan een actie op grond van dwaling, wanprestatie of onrechtmatige daad.

Daarnaast bevatten de Wft en het BGfo ook 'hardere' regels, die bepaalde rechtshandelingen in de financiële sector direct of indirect verbieden en zo diep ingrijpen in de civielrechtelijke contractsvrijheid tussen private partijen. Op grond van art. 1:23 Wft is de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels 'niet uit dien hoofde aantastbaar', behalve voor zover de Wft daarover iets anders zegt. Daarmee wordt bewerkstelligd dat dergelijke rechtshandelingen in beginsel niet aan nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) onderworpen zijn.⁴ De vraag welke civielrechtelijke gevolgen buiten het kader van art. 3:40 lid 2 BW de schending van de verbodsbepalingen in het financiële bestuursrecht kan hebben, blijft echter nog onderbelicht. De beantwoording daarvan is van belang zowel vanuit civielrechtelijk perspectief als vanuit bestuursrechtelijk perspectief. Voor private partijen is het zaak om te weten of, en zo ja, in welke mate en op welke manier ze een beroep kunnen doen op de verbodsbepalingen uit de Wft in het civiele recht. Immers, het bestuursrecht biedt de consument over het algemeen geen instrumentarium om verhaal te halen bij de financiële onderneming die een dergelijke bepaling heeft overtreden. Naast het toezicht door de AFM kan privaatrechtelijke handhaving bovendien een rol vervullen bij het verwezenlijken van de doelen die aan de Wft ten grondslag liggen.

* Prof. dr. O.O. Cherednychenko is adjunct hoogleraar Europees privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Zie uitgebreider over deze ontwikkeling en de betekenis van het financiële toezichtprivaatrecht voor het verbintenissenrecht O.O. Cherednychenko, Het private in het publiek recht: over de opmars van het 'financieel toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht, RMThemis 2012, p. 223.

2. Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 393.

3. Zie bijv. J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht, NTHR 2007, p. 223; C.H. van Dijk & F. van der Woude, Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie- en onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht, AV&S 2009, p. 74; C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 814 e.v.

4. Zie in dit verband R.H.J. van Bijnen & W.H. van Boom, Nietigheid bij overtreding van financiële toezichtwetgeving: Position Paper TILEC (Position Paper TILEC Universiteit van Tilburg, in opdracht van het ministerie van Financiën), Tilburg: TILEC 2005; te downloaden van <www.minfin.nl>.

Deze bijdrage biedt een verkennende analyse van de (eventuele) civielrechtelijke gevolgen van schending van de drie verboden uit de Wft die overeenkomsten tussen financiële ondernemingen en hun cliënten raken: (1) het contracteerverbod in geval van een dekkingstekort bij effectenhandel (art. 85 BGfo) (par. 2), (2) het verbod op overkreditering (art. 4:34 lid 2 Wft) (par. 3) en (3) het verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen (art. 86c lid 2 onder a BGfo) (par. 4). Terwijl de eerste twee verboden nog uit de tijd van vóór de financiële crisis stammen, is het laatste verbod van meer recente datum.⁵ Centraal in deze bijdrage staat de vraag welke individuele civielrechtelijke acties het meest voor de hand liggen in geval van schending van elk van de hierboven aangegeven verbodsbepalingen door een financiële onderneming in de relatie met haar *niet-professionele* cliënt. De lijnen worden voor zover mogelijk bij elkaar getrokken in een afrondende beschouwing (par. 5).

2 Het contracteerverbod in geval van een dekkingstekort bij effectenhandel

De Nederlandse toezichtwetgeving biedt een hoog beschermingsniveau aan niet-professionele beleggers door hen zo nodig tegen zichzelf te beschermen wat betreft het aangaan van risico's waarvan de mogelijke gevolgen hun draagkracht te boven gaan. Zo is het een beleggingsonderneming op grond van art. 85 BGfo verboden transacties voor rekening van een cliënt – niet zijnde een professionele belegger⁶ – te verrichten indien de op naam van de cliënt aanwezige saldi ontoereikend zijn om aan de uit de transacties voortvloeiende verplichtingen te voldoen. De ratio achter het opleggen van dit verbod is om te voorkomen dat de belegger verliezen lijdt die zijn draagkracht te boven gaan en daarmee tevens te waarborgen dat de financiële markten goed werken. Onder saldi worden alle op naam van de belegger staande middelen begrepen, waaronder ook een kredietfaciliteit waarover hij beschikt.⁷ Bij een tekort aan saldi ('dekkingstekort') mag de beleggingsonderneming dus geen transacties voor rekening van de cliënt uitvoeren. Maar wat nu als ondanks het dekkingstekort de beleggingsonderneming een transactie toch uitvoert en de cliënt daarop verliezen lijdt die hij niet kan dragen? Kan de cliënt dan met succes een beroep doen op wanprestatie of onrechtmatige daad wegens schending van art. 85 BGfo in de civielrechtelijke procedure om de schade alsnog vergoed te krijgen?

De civiele jurisprudentie inzake optiehandel biedt aanknopingspunten om het antwoord op deze vraag in eerste instantie te zoeken binnen het leerstuk van de bijzondere zorgplicht

van financiële ondernemingen.⁸ Volgens deze rechtspraak rust op de financiële onderneming die van haar niet-professionele cliënten opdrachten tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt een bijzondere zorgplicht, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn.⁹ Deze zorgplicht heeft naar zijn aard tot strekking de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht en brengt onder meer met zich dat bij een tekort aan saldi de financiële onderneming opdrachten van de cliënt moet *weigeren*. Deze weigeringsplicht in de contractuele verhouding tussen de financiële onderneming en haar cliënt vormt in feite een civielrechtelijk pendant van het bestuursrechtelijke contracteerverbod van art. 85 BGfo bij de optiehandel. Het is in het licht van de jurisprudentie inzake optiehandel dan ook verdedigbaar dat art. 85 BGfo, dat de weigeringsplicht veralgemeniseert tot alle transacties in financiële instrumenten ten aanzien waarvan de cliënt over ontoereikende saldi beschikt, als zodanig in de bijzondere zorgplicht kan doorwerken en dus wanprestatie wegens schending van deze zorgplicht in de zin van art. 6:74 BW kan opleveren.¹⁰

Daarnaast zou het contracteren in strijd met het bestuursrechtelijke contracteerverbod van art. 85 BGfo ook als zodanig als een onrechtmatige daad kunnen worden aangemerkt en zou dus door art. 6:162 BW kunnen worden gesanctioneerd.

Uit de jurisprudentie blijkt echter dat het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW grenzen kan stellen aan een dergelijke doorwerking via wanprestatie en onrechtmatige daad. Schending van een publiekrechtelijke norm leidt immers slechts dan tot de verplichting de schade te vergoeden als de geschonden norm de belangen tracht te beschermen van degene die de schade lijdt.¹¹ En juist op dat punt heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak in Nabbe/Staalbankiers de in art. 85 BGfo neergelegde norm enigszins gerelativeerd.¹² In deze zaak vordert de

5. Het verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen op grond van art. 86c lid 2 onder a BGfo (ex art. 149a lid 2 BGfo) geldt sinds 1 januari 2012. Zie het Wijzigingsbesluit financiële markten 2012 en het Wijzigingsbesluit financiële markten 2013.
6. Art. 51 van de Vrijstellingsregeling Wft bepaalt dat beleggingsondernemingen zijn vrijgesteld van art. 85 BGfo voor zover zij beleggingsdiensten verlenen aan professionele beleggers.
7. Toelichting bij art. 85 BGfo Wft, Stb. 2006, 529, p. 249.

8. Over dit leerstuk zie bijv. O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht, NTBR 2010, p. 66; B. Bierens, Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht: de ontwikkeling van een weerbarstig leerstuk op het snijvlak van financieel publiek- en privaatrecht, NTBR 2013, p. 15; W.H.F.M. Cortenraad, Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?, Ondernemingsrecht 2012, p. 128.
9. HR 26 juni 1998, NJ 1998/660 m.nt. Van Zeben (Van de Klundert/Rabobank), HR 11 juli 2003, JOR 2003/199 m.nt. KF, NJ 2005/103 m.nt. Du Perron (Kouwenberg/Rabobank). Zie hierover bijv. W.H. van Boom, Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger. Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, C01/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek), NTBR 2003, p. 548; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2003, p. 1585; S.B. van Baalen, Rien ne va plus. Over opties, zorg en aansprakelijkheid, VRA 2004, p. 46.
10. Vgl. Cortenraad 2012, par. 5.
11. Zie S.B. van Baalen, De honderd ogen van argus. Aansprakelijkheid als gevolg van schending van financiële regels, in D. Busch e.a. (red.), Onderneming en financieel toezicht (Serie Onderneming en Recht, deel 57), Deventer: Kluwer 2010, p. 1016, die een indeling tracht te geven van regels gesteld bij of krachtens de Wft die wel en die niet doorwerken in het civiele recht.
12. HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers). Zie hierover Cherednychenko 2010, p. 72; B.T.M. Wiel, De marginverplichting bij handel in aandelenopties, MvV 2010, p. 149; M. Tas, Saldibewakingsplicht gerelativeerd, V&O 2010, p. 78; Grundmann-van de Krol 2012, p. 672 e.v.

cliënt schadevergoeding van de bank wegens schending van haar zorgplicht, die volgens de cliënt onder meer besloten ligt in de voorganger van het huidige art. 85 BGfo, art. 28 lid 2 van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 1999. Het hof en de Hoge Raad wijzen deze vordering echter af op basis van de volgende overwegingen:

‘(...) Ook al heeft [eiser] (...) (zeer) grote verliezen geleden, hij heeft per saldo een positief beleggingsresultaat behaald met de in zijn opdracht door de bank uitgevoerde transacties. In dit licht faalt het onderdeel omdat de in art. 28 leden 2-4 NR [Nadere Regeling 1999; OOC] besloten normen wel strekken tot bescherming van de cliënt tegen relatief te grote financiële risico’s, maar niet tot een zo selectieve bescherming tegen elk (koers)verlies dat de belegger op een transactie lijdt als door [eiser] bepleit.’¹³

De relativiteitstoets heeft in het onderhavige geval dus geleid tot de conclusie dat de bescherming van de cliënt tegen *te grote* risico’s iets anders is dan de bescherming van de cliënt tegen *elk* (koers)verlies op een door hem ingenomen positie in risicovolle financiële instrumenten zoals opties. Een succesvol beroep op schending van het bestuursrechtelijke contractverbod van art. 85 BGfo in het civiele recht kan dan ook alleen worden gedaan als het *eindresultaat* van de reeks door de beleggingsonderneming in opdracht van haar cliënt uitgevoerde transacties (zeer) negatief is. Wanneer het eindresultaat voor de belegger positief is, is de beleggingsonderneming niet schadeplichtig.

3 Het verbod op overkreditering

Het huidige Nederlandse financiële bestuursrecht bevat ook strenge regels inzake kredietverstrekking aan de consument en wel voor zowel consumptief als hypothecair consumentenkrediet. De hoofdregel voor beide soorten krediet – art. 4:34 Wft, dat nader uitgewerkt is in art. 113-115 BGfo – verplicht aanbieders van consumentenkrediet in algemene zin op te treden als een *verantwoordelijke kredietgever*, zodat overkreditering kan worden voorkomen. Daartoe moet de aanbieder op grond van art. 4:34 lid 1 Wft vóór de totstandkoming van een kredietovereenkomst, of de verhoging van het kredietbedrag, *in het belang van de consument* informatie inwinnen over zijn financiële positie en beoordelen of het verlenen van (meer) krediet *verantwoord* is. Deze open norm heeft nadere invulling gevonden in de gedragscodes van brancheorganisaties¹⁴ en nadere ministeriële regelingen.¹⁵ Sterker nog, indien het verle-

nen respectievelijk verhogen van het krediet wegens overkreditering *onverantwoord* is, moet de aanbieder *zich* daarvan *onthouden* op grond van art. 4:34 lid 2 Wft. Het doel van deze bepalingen en de daarop gebaseerde lagere regelgeving is tweeledig. Enerzijds is dat de goede werking van de financiële markten. Anderzijds is dat de bescherming van de consument tegen overkreditering. Maar wat kan de individuele consument aan wie te veel geld werd geleend in strijd met het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering nog civielrechtelijk doen om de negatieve gevolgen van deze overtreding voor zijn financiële situatie alsnog weg te nemen?

In het licht van de bovengenoemde rechtspraak in de optiehandel-zaken, die aanknopingspunten biedt voor de doorwerking van het bestuursrechtelijke contractverbod bij een dekkingstekort in de bijzondere zorgplicht van de financiële onderneming in het civiele recht, is het denkbaar dat ook het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering in de bijzondere zorgplicht kan doorwerken.¹⁶ Uit de jurisprudentie over effectenlease blijkt bovendien dat de financiële onderneming niet alleen in de contractuele fase, zoals bij de optiehandel, tot een bijzondere zorgplicht is gehouden, maar ook in de precontractuele fase.¹⁷ Het is dan ook verdedigbaar dat door overtreding van het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering bij het sluiten van de kredietovereenkomst, de financiële onderneming tevens haar bijzondere zorgplicht jegens de consument schendt en daarmee onrechtmatig handelt op grond van art. 6:162 BW. Een tekortschieten in de bijzondere zorgplicht kan leiden tot aansprakelijkheid voor de schade die de consument door het sluiten van de kredietovereenkomst heeft geleden, in de vorm van de te veel betaalde rente en aflossing, indien aan de vereisten van toerekenbaarheid en causaal verband is voldaan.

Het is in dit verband echter opmerkelijk dat de civiele rechter thans een andere koers lijkt te varen.¹⁸ Illustratief in de context van consumptief krediet is bijvoorbeeld het arrest van Hof Leeuwarden van 7 februari 2012.¹⁹ Centraal in deze zaak stond de vraag of de bank is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens een 18-jarige vrouw die samen met haar 35-jarige partner een krediet heeft genomen ten hoogte van € 68.000, waarvan het merendeel bestemd was voor het aflossen van de schulden van haar partner. Nu is gebleken dat er sprake was van overkreditering, moest de vraag worden beantwoord wat de bank gezien haar bijzondere zorgplicht jegens de consumenten in deze situatie had moeten doen. Het antwoord van het hof op deze vraag luidt als volgt:

‘Wanneer geen sprake is van voldoende kredietwaardigheid, dient de kredietverlener zijn wederpartij daarvan in

13. HR 4 december 2009, NJ 2010/67 m.nt. M.R. Mok (Nabbe/Staalbankiers), r.o. 3.7.

14. De Gedragscode van de Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland (VFN), de Gedragscode Consumptief Krediet van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Gedragscode van de Nederlandse Thuiswinkel Organisatie (NTO) en de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF).

15. Zie bijv. Regeling van de Minister van Financiën van 12 december 2012, kenmerk: FM/2012/1887 M (Tijdelijke regeling hypothecair krediet), zoals gewijzigd per 30 oktober 2013. Tot 1 januari 2013 was de GHF bepalend voor de beantwoording van de vraag wanneer de hoogte van het hypothecair krediet verantwoord was.

16. In deze zin bijv. Cortenraad 2012, par. 5.

17. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (De Treek/Dexia Bank Nederland N.V.); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (Levob Bank N.V./B en GBD); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.).

18. Zie uitgebreider hierover O.O. Cherednychenko & J.-M. Meindertsmä, Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel, TvC 2014, p. 181.

19. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437.

kennis te stellen en te adviseren de overeenkomst niet aan te gaan (een en ander uiteraard ongeacht de bevoegdheid van de kredietgever om ter bescherming van het eigen belang op correcte nakoming te weigeren de overeenkomst aan te gaan).²⁰

Bij een negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidsbeoordeling rust op de kredietverstrekker conform deze uitspraak dus op zijn hoogst een civielrechtelijke verplichting om de consument te *adviseren* de kredietovereenkomst niet aan te gaan. Deze benadering sluit aan bij de effectenlease-jurisprudentie van de Hoge Raad.²¹ Hierin werd immers aangenomen dat indien de financiële positie van de consument ontoereikend is om aan zijn betalingsverplichtingen uit de effectenleaseovereenkomst te kunnen (blijven) voldoen, op de tot inkomens- en vermogensonderzoek verplichte bank de aanvullende verplichting komt te liggen om de afnemer te *adviseren* de overeenkomst *niet* aan te gaan. De uitspraak van Hof Leeuwarden vormt echter een opvallend contrast met het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering, zoals neergelegd in art. 4:34 lid 2 Wft, dat in het geval van de negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidstoets een contracteerverbod met zich brengt.

Ook in de zaken waarin een hypothecair consumentenkrediet aan de orde is, vertoont de civiele rechter momenteel geen bereidheid om zijn vergaande aanpak in de optiehandel-zaken te volgen. Dat wordt bijvoorbeeld duidelijk uit het vonnis van Rechtbank Breda van 7 september 2011,²² waar de rechtbank zelfs weigert om een bijzondere zorgplicht van de bank bij een hypothecaire kredietverstrekking aan de consument aan te nemen, met de volgende overweging:

‘(...) Er rust op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten. Een dergelijke bijzondere zorgplicht bestaat slechts in situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van de bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt (A-G bij HR 13 mei 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP6921]). Een dergelijke bijzondere situatie doet zich in dit geval niet voor. Aan [de kredietnemer] zijn hypothecaire geldleningen verstrekt, die niet complex dan wel ondoorzichtig van aard waren. Er was sprake van eenvoudige financiële producten waaraan voor

[de kredietnemer] duidelijke voorwaarden waren verbonden.²³

De bijzondere zorgplicht van de bank bestaat dus alleen in situaties waarin de cliënt grote risico's loopt en gezien zijn kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid door de bank in bescherming tegen zichzelf moet worden genomen; een dergelijke situatie doet zich echter niet voor bij een hypothecair krediet, aldus de rechtbank. In lijn met dit uitgangspunt lijkt de bestaande jurisprudentie enkel uit te gaan van de informatie- en adviesplichten van de kredietverstrekker in het geval van de negatieve uitkomst van de kredietwaardigheidstoets. Hij moet de consument daarvan op de hoogte brengen en hem adviseren de kredietovereenkomst niet aan te gaan.²⁴ Van de meest vergaande verplichting van de kredietverstrekker om de kredietovereenkomst met de consument *niet* aan te gaan, is geen sprake.

Het staat vast dat door het verbod op overkreditering af te wijzen het huidige civiele recht minder bescherming biedt aan de consument tegen overkreditering dan het financiële bestuursrecht. Dat heeft als voordeel dat de consument nog steeds een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het aangaan van een kredietovereenkomst, terwijl er door de AFM op wordt toegezien dat de kredietverstrekker geen onverantwoord krediet aan de consument verstrekt. Nu een gewaarschuwde en/of goed geadviseerde consument die een onverantwoord krediet toch heeft genomen, immers met lege handen kan komen te staan in de civiele procedure, worden niet-professionele kredietnemers geprikkeld waakzamer en zorgvuldiger te zijn.

Daar staat echter tegenover dat de rechtszekerheid niet is gediend met de uiteenlopende regels in het bestuursrecht en het civiele recht inzake overkreditering.²⁵ Bovendien is het de vraag of het Nederlandse recht in overeenstemming is met het Europese recht door het verbod op overkreditering inzake hypothecair krediet enkel via het financiële bestuursrecht te laten handhaven en daar geen enkele civielrechtelijke gevolgen aan te verbinden. De nieuwe Richtlijn woningkredietovereen-

23. Rb. Breda 7 september 2011, JOR 2012/367, r.o. 3.4.

24. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 12 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:CA2941, r.o. 4.10.

25. Vgl. in dit verband J.W.A. Biemans, De consumentenkredietovereenkomst in titel 7.2A BW. Over losse eindjes en rafelige randen, NTBR 2012, p. 335, par. 5 en J.W.A. Biemans, Consumentenkrediet, Deventer: Kluwer 2013, nr. 17. Naar aanleiding van de implementatie van de Richtlijn consumentenkrediet in het Nederlandse recht vraagt Biemans zich af waarom de regels inzake overkreditering alleen van de Wft en niet ook van het BW deel uitmaken. Hij ziet daar geen goede reden voor en pleit voor het opnemen van deze regels in een nieuwe titel 7.2A BW betreffende consumentenkredietovereenkomsten teneinde aan de consument de maximale bescherming te bieden. Het opnemen van bepalingen inzake overkreditering in de privaatrechtelijke wetgeving is overigens niet ongebruikelijk. Voor deze oplossing is bijvoorbeeld gekozen in het Franse recht, waar dergelijke bepalingen in het Consumentenwetboek (Code de la consommation) zijn geplaatst. Zoals uit het recente arrest van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) in LCL Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan (HvJ EU 27 maart 2014, C-565/12) blijkt, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat sancties voor schending van de privaatrechtelijke regels inzake overkreditering een *reële* afschrikwekkende werking hebben in de zin van art. 23 van de Richtlijn consumentenkrediet.

20. Hof Leeuwarden 7 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV3437, r.o. 8.

21. HR 5 juni 2009, NJ 2012/182 (De Treck/Dexia Bank Nederland N.V.); HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (Levob Bank N.V./B en GBD); HR 5 juni 2009, NJ 2012/184 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.).

22. Rb. Breda 7 september 2011, JOR 2012/367 m.nt. C.W.M. Lieveer.

komsten²⁶ bevat immers een minimumharmonisatiebepaling waarbij de kredietgever het krediet aan de consument slechts mag verstrekken indien de uitkomst van de kredietwaardigheidsbeoordeling positief is.²⁷ Vermeldenswaardig in dat verband is ook het arrest van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) in *Bankinter*,²⁸ waarin in de context van de gedragsregels ter bescherming van de belegger uit de Richtlijn markten voor financiële instrumenten (MiFID I),²⁹ die tevens in de toezichtwetgeving zijn geïmplementeerd, het Hof heeft geoordeeld dat het aan lidstaten is om de contractuele gevolgen van de schending van deze regels vast te stellen, met inachtneming van het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel. In navolging van dit arrest is het denkbaar dat aan het doeltreffendheidsbeginsel niet voldaan zou zijn als het Nederlandse recht geen civielrechtelijke consequenties zou verbinden aan de schending van het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering van art. 4:34 lid 2 Wft, voor zover het om hypothecair consumentenkrediet gaat. De doorwerking van dit verbod in het civiele recht via de band van art. 6:162 BW zou een oplossing kunnen zijn. Zoals boven reeds aangegeven, kan het bestuursrechtelijke verbod op overkreditering een bijzondere zorgplicht van de financiële ondernemer en daarmee de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm inkleuren. Daarnaast kan dit verbod ook op een meer rechtstreekse wijze via art. 6:162 BW doorwerken: een overtreding daarvan door een financiële onderneming kan worden aangemerkt als een doen in strijd met een wettelijke plicht en kan dus direct een onrechtmatige daad jegens de consument opleveren, tenzij het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW daaraan in de weg staat.

4 Het verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen

Naar het huidige Nederlandse civiele recht is voor de geldigheid van een overeenkomst niet vereist dat er een zekere evenredigheid bestaat tussen de wederzijdse prestaties van twee private partijen. De heersende opvatting in het Nederlandse (en Europese) civiele recht is dat de *iustum pretium*-leer (leer van de rechtvaardige prijs) geen deel van het contractenrecht uitmaakt en ook niet zou mogen uitmaken. Dat ligt echter anders in het financiële bestuursrecht. Sinds 1 januari 2013 mag de financiële dienstverlener³⁰ bij het bemiddelen in of adviseren van een aantal financiële producten, waaronder hypothecair krediet en complexe producten, zoals beleggingsverzekeringen, op grond van art. 86c BGfo in beginsel slechts provisies ontvangen die rechtstreeks worden verschaft door de consument of degene die namens hem optreedt.³¹ Met andere woorden, de financiële dienstverlener mag in principe alleen direct worden betaald door de cliënt voor financieel advies en bemiddeling. Sterker nog, de hoogte van de door de cliënt te betalen vergoeding mag niet 'kennelijk onredelijk' zijn gelet op de aard en reikwijdte van de dienstverlening. Deze norm ligt besloten in art. 86 lid 2 onder a BGfo (ex art. 149a lid 2 BGfo) en komt in wezen neer op het verbod van kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen. Het doel van dit bestuursrechtelijke verbod is 'te voorkomen dat adviseurs of bemiddelaars beloningen in rekening brengen voor hun werkzaamheden, die gelet op de daarmee gemoeide inspanningen niet objectief kunnen worden gerechtvaardigd'.³² Het is ingevoerd omdat in de praktijk is gebleken dat cliënten niet of onvoldoende in staat zijn om zichzelf tegen onredelijke vergoedingen te beschermen.

Het bestuursrechtelijke verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen geeft de AFM de mogelijkheid om de inhoud van de beloningsafspraken tussen de financiële adviseur of bemiddelaar en de cliënt te toetsen en, daar waar bij de cliënt een kennelijk onredelijke beloning in rekening wordt gebracht, handhavend op te treden. Daarbij moet de AFM rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval. Zo moet de AFM bijvoorbeeld beoordelen of het bedrag dat de adviseur of bemiddelaar bij de consument in rekening brengt redelijk is, gezien de verrichte werkzaamheden en gelet op wat in de branche in het algemeen gebruikelijk is om daarvoor in rekening te brengen.³³ Het is in ieder geval kennelijk onredelijk om beloningen in rekening te brengen voor transacties die worden uitgevoerd met als enig doel additionele commissie of provisie te genereren, terwijl daar nauwe-

26. Richtlijn 2014/17/EU van het Europese Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen en tot wijziging van Richtlijn 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010, PbEU 2014, L 60/34.

27. Deze verplichting vloeit voort uit het positief geformuleerde art. 18 lid 5 onderdeel a van de Richtlijn woningkredietovereenkomsten op grond waarvan 'de kredietgever het krediet uitsluitend aan de consument mag stellen indien het resultaat van de kredietwaardigheidsbeoordeling uitwijst dat de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen waarschijnlijk op de krachten die overeenkomst vereiste zullen worden nagekomen'.

28. HvJ EU 30 mei 2013, C-604/11 (*Genil 48 SL e.a./Bankinter SA e.a.*). Zie hierover D. Busch, *Renteswaps en het 'civiel effect' van MiFID* volgens het Europees Hof van Justitie, AA 2013, p. 675; M.W. Wallinga, *Financiële dienstverlening, publiekrechtelijke gedragsregels en privaatrechtelijke normstelling: lessen uit Duitsland en Europa*, te verschijnen in NTBR 2014.

29. Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad, PbEU 2004, L 145/1 (MiFID I). Deze richtlijn wordt vervangen door de onlangs aangenomen Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2013 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU, PbEU 2014, L 173/349 (MiFID II).

30. Financiële dienstverlener is volgens art. 1:1 Wft 'degeene die een ander financieel product dan een financieel instrument aanbiedt, die adviseert over een ander financieel product dan een financieel instrument of die bemiddelt, herverzekeringsbemiddelt, optreedt als gevolmachtigd agent of optreedt als ondergevolmachtigde agent'.

31. Sinds 1 januari 2014 geldt een soortgelijk provisieverbod op grond van art. 168a BGfo ook voor beleggingsondernemingen.

32. Nota van toelichting bij Wijzigingsbesluit financiële markten 2013, Stb. 2012, 695, p. 87.

33. *Ibid.*, p. 87-88.

lijks of geen (extra) werkzaamheden mee gemoeid zijn.³⁴ De AFM kan de overtreding met bestuursrechtelijke sancties bestraffen, maar ze is, mede gelet op het bepaalde in art. 1:75 lid 3 Wft, niet bevoegd om direct in te grijpen in de overeenkomsten tussen een cliënt en de adviseur of bemiddelaar. Om verhaal te halen bij de adviseur of bemiddelaar die het kennelijk onredelijke tarief in rekening heeft gebracht, moet de consument zijn heil zoeken in het civiele recht. Welke civielrechtelijke middelen heeft hij dan tot zijn beschikking?

Een schending van het bestuursrechtelijke verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen, waarmee volgens de totstandkomingsgeschiedenis wordt beoogd de cliënt te beschermen, in de precontractuele fase zou kunnen worden aangemerkt als een doen in strijd met een wettelijke plicht en zou dus een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW kunnen opleveren. Ook is het mogelijk dat dit verbod doorwerkt in de bijzondere zorgplicht van de financiële onderneming en daarmee de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW inkleurt. In beide gevallen kan de cliënt aanspraak maken op vergoeding van de geleden schade die in causaal verband met de overtreding staat. Als schade kan worden aangemerkt het verschil tussen de in de markt gebruikelijke vergoeding voor de verrichte werkzaamheden en de bij de cliënt in rekening gebrachte vergoeding.

Daarnaast kan in deze context ook worden gedacht aan de actie op grond van dwaling (art. 6:228 BW) of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW). Het bij de consument in rekening brengen van een buitensporige vergoeding voor een financieel advies of bemiddeling zonder dat hij daarvan door de financiële adviseur of bemiddelaar op de hoogte wordt gesteld, maakt dat de consument ten tijde van de contractsluiting in dwaling verkeert en bij de juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet had gesloten. Gezien de ongelijkheid tussen de partijen is het verdedigbaar dat de adviseur of bemiddelaar als professionele en uiterst deskundige partij de consument uit de droom moet helpen door hem in te lichten over het feit dat het in rekening te brengen tarief niet in verhouding staat tot de te verrichten werkzaamheden. Doet hij dat niet, dan komt de dwaling niet voor rekening van de consument. De mededelingsplicht weegt immers in beginsel zwaarder dan de onderzoeksplicht.³⁵ Indien de consument bovendien bijzonder lichtzinnig of onervaren is en hij door de adviseur of bemiddelaar niet wordt weerhouden de overeenkomst, althans onder dezelfde voorwaarden, aan te gaan, kan bovendien sprake zijn van misbruik van omstandigheden. Voor een succesvol beroep op dit leerstuk stelt de wet niet als eis dat er sprake is van financieel nadeel. De aanwezigheid van een dergelijk nadeel, zoals in het onderhavige geval, kan echter wel een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de adviseur of bemiddelaar op grond van wat hij daaromtrent wist of moest begrijpen, de consument had behoren te weerhouden van het sluiten van de overeenkomst.³⁶ Gezien

de terugwerkende kracht, met alle ingrijpende gevolgen van dien, ligt de vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling of misbruik van de omstandigheden echter veelal niet voor de hand wanneer er sprake is van financiële dienstverlening.³⁷ In plaats van volledige vernietiging kan in deze context eerder worden gedacht aan de aanpassing van de overeenkomst op grond van respectievelijk art. 6:230 en 3:54 BW. Wanneer het financiële nadeel van de consument bij wie een buitensporige beloning in rekening werd gebracht door wijziging van gevolgen van de overeenkomst wordt opgeheven, bestaat er in principe geen reden meer om aan de overeenkomst de sanctie van vernietigbaarheid te verbinden.

Op deze wijze kan de bestuursrechtelijke *iustum pretium*-regel, waarvan de ontwikkeling voor een belangrijk deel in de handen van de AFM ligt, dus vergaande gevolgen hebben in het civiele recht, waar een dergelijke regel niet bestaat. Het valt echter nog te bezien of de civiele rechter daar enige gevolgen in het civiele recht aan zal verbinden. Zoals de ervaring met het verbod op overkreditering van art. 4:34 lid 2 Wft leert, kan de civiele rechter ook uiterst terughoudend zijn wanneer het gaat om de bestuursrechtelijke rechtsfiguren die de civielrechtelijke contractsvrijheid ingrijpend beperken.

5 Tot slot

In deze bijdrage werd getracht om de civielrechtelijke dimensie te verkennen van de drie verbodsbepalingen uit het financiële bestuursrecht die overeenkomsten tussen financiële ondernemingen en cliënten raken: het contracteerverbod in geval van een dekkingstekort bij effectenhandel, het verbod op overkreditering en het verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen. Wat opvalt is dat terwijl de civielrechtelijke leerstukken, zoals dwaling, onrechtmatige daad en wanprestatie, zich in beginsel lenen voor de doorwerking van deze verboden in het civiele recht, er nog veel onduidelijkheid bestaat over de wijze waarop en de mate waarin een dergelijke doorwerking kan geschieden.

Alhoewel de bestuursrechtelijke verboden in wezen belangrijke grenzen stellen aan de contractsvrijheid in het civiele recht, blijft het civiele recht doorslaggevend bij het vaststellen van de civielrechtelijke gevolgen van schending daarvan in de omstandigheden van het concrete geval. Het relativiteitsvereiste bijvoorbeeld kan een belangrijke drempel vormen voor de doorwerking van het bestuursrechtelijke contracteerverbod in geval van een dekkingstekort. Evenzo loopt de ontwikkeling van het leerstuk van de bijzondere zorgplicht van financiële ondernemingen bij kredietverstrekking aan de consument niet helemaal parallel met de bestuursrechtelijke normering van deze vorm van dienstverlening. Zo gaat de civiele rechter bij een negatieve uitkomst van de kredietwaardigheids-toets in navolging van de effectenlease-jurisprudentie hoogstens uit van een civielrechtelijke verplichting van de kredietverstrekker om de consument te adviseren een kredietovereenkomst niet aan te gaan. Dat terwijl in het bestuursrecht in dat geval reeds een tijdje het contracteerverbod geldt. En voor wat

34. Ibid., p. 88.

35. Zie bijv. HR 30 november 1973, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel) en HR 21 december 1990, NJ 1991/251 (Van Geest/Nederlof).

36. Zie bijv. HR 5 februari 1999, NJ 1999/652.

37. Zie in dat verband bijv. Van Bijnen & Van Boom 2005.

betreft het verbod op kennelijk onredelijke advies- en bemiddelingsvergoedingen is er nog weinig bekend over de houding van de civiele rechter tot deze ingrijpende rechtsfiguur uit het financiële bestuursrecht met civielrechtelijke trekken.

Gezien de belangrijke verschillen in werking tussen het financiële bestuursrecht en het civiele recht³⁸ is het onvermijdelijk dat er ook verschillen blijven bestaan tussen beide in de normering van het gedrag van financiële ondernemingen jegens consumenten. Tegelijkertijd is het met het oog op de rechtszekerheid en de effectiviteit van de bestuursrechtelijke verboden van Europese en nationale oorsprong in het beschermen van de financiële consument wel zaak dat de ontwikkeling van de civielrechtelijke leerstukken geschiedt met inachtneming van niet alleen de civielrechtelijke dogmatiek, maar ook het relevante financiële bestuursrecht.

38. Zie hierover Cherednychenko 2012, p. 227 e.v.